

Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes

771



Dr. CHRISTOPH ZIMMERLI,
LL.M., Rechtsanwalt, Bern

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Grundzüge der Neuregelung
 1. Flexibilisierung des Transaktionsrechts
 2. Die besondere Stellung der Arbeitnehmer bei Umstrukturierungen
 3. Arbeitnehmerschutz als Kernanliegen
- III. Übergang der Arbeitsverhältnisse
 1. Der Betriebsübergang
 2. Die fusionsgesetzliche Regelung
 3. Bei der Fusion von Gesellschaften im Besonderen
 4. Bei der Spaltung von Gesellschaften im Besonderen
 5. Bei der Vermögensübertragung im Besonderen
 6. Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen
 7. Weitergeltung der Gesamtarbeitsverträge
- IV. Sicherung der Arbeitnehmerforderungen
 1. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Fusion
 2. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Spaltung
 3. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Vermögensübertragung
 4. Haftung bei der Umwandlung
 5. Rechtsbehelfe der Arbeitnehmer bei Verantwortlichkeit
- V. Kündigungsschutz und Vertragsänderung
- VI. Information und Konsultation
 1. Informations- und Konsultationspflicht des Arbeitgebers
 2. Arbeitnehmervertretung und/oder Arbeitnehmer als Adressaten
 3. Information und Anhörung, aber keine Mitsprache
 4. Zeitpunkt von Information und Konsultation
 5. Sanktionen bei Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht
- VII. Extraterritoriale Wirkung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen
 1. Beim Übergang des Arbeitsverhältnisses
 2. Beim Konsultationsverfahren
- VIII. Bezüge zum EG-Recht
 1. Harmonisierungsbestrebungen
 2. Beteiligung der Arbeitnehmer in Organen der Europäischen Gesellschaft
- IX. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Veränderungen der rechtlichen Struktur von Unternehmen haben regelmässig Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnis-

se. Sie können die Änderung der Anstellungsbedingungen zur Folge haben, zu Entlassungen oder Frühpensionierungen führen oder die Änderung der Person des Arbeitgebers oder dessen Rechtsform bewirken. Für die Anpassung der Organisation von Rechtsträgern schafft das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003¹ erstmals eine umfassende privatrechtliche Grundlage. Der neue Erlass sieht auch diverse Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz vor.

Der folgende Beitrag stellt den Arbeitnehmerschutz nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes im Einzelnen dar und untersucht, ob diese Bestimmungen den Arbeitnehmern den erwünschten Schutz bei Umstrukturierungen bieten. Die Ausführungen konzentrieren sich auf den Übergang der Arbeitsverhältnisse, die Sicherung der Arbeitnehmerforderungen, den Kündigungsschutz sowie die Information und Konsultation der Arbeitnehmervertreter und schliessen mit einem kurzen Überblick über die extraterritorialen Wirkungen der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und deren Bezüge zum EG-Recht ab.

II. Grundzüge der Neuregelung

1. Flexibilisierung des Transaktionsrechts

Als Spezialgesetz² soll das Fusionsgesetz die obligationenrechtlichen Bestimmungen zur Fusion³ ersetzen und bestehende Regelungslücken schliessen. Als Querschnittserlass des Gesellschaftsrechts umfasst es auch Stiftungen und im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen, erweitert die

Ergänzte und mit Anmerkungen versehene Fassung des am 27.10.2004 an der Tagung "Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts" des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen gehaltenen Vortrages.

- 1 SR 221.301; Fusionsgesetz, FusG; in Kraft getreten am 1.7.2004; vgl. Amtliche Sammlung des Bundesrechts, AS 2004, 2617–2654; BBl 2003 VI 6691 ff.
- 2 Die Schaffung eines Spezialgesetzes wird mit dem Umfang der Neuregelung begründet, der einer Eingliederung ins Obligationenrecht entgegensteht. Als Spezialgesetz vermag das Fusionsgesetz überdies die rechtliche Geschlossenheit zu wahren, da es nicht nur Handelsgesellschaften, sondern auch im ZGB geregelte Vereine und Stiftungen sowie Institute des öffentlichen Rechts erfasst; vgl. FRANK VISCHER, Einführung in das Fusionsgesetz, in: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, ZBJV 1999, Sonderband 135^m, 9 f., 13.
- 3 Art. 748 ff. OR.

Umstrukturierungsmöglichkeiten und erleichtert den Unternehmen, ihre Organisation den wandelnden Bedürfnissen flexibel anzupassen.⁴

Das Fusionsgesetz schafft eine privatrechtliche Regelung der folgenden vier Transaktionsformen: Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung. Durch *Fusion* werden zwei oder mehrere Gesellschaften miteinander verschmolzen, indem Vermögen und Verbindlichkeiten der fusionierenden Gesellschaften zusammengeführt werden, und die Gesellschafter der beiden Gesellschaften zu Gesellschaftern der aus der Fusion hervorgehenden Rechtseinheit werden.⁵ Durch *Spaltung* überträgt eine Gesellschaft ihr ganzes Vermögen oder Teile davon auf eine oder mehrere andere Gesellschaften. Im Gegenzug erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zwingend Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte bei der übernehmenden Gesellschaft.⁶ Durch *Umwandlung* wechselt eine Gesellschaft ihre Rechtsform.⁷ Dabei bleibt die bisherige Gesellschaft als Rechtsträger bestehen und wahrt ihre wirtschaftliche und rechtliche Identität. Die formelle Gründung eines neuen Rechtsträgers und die Übertragung der Rechtsbeziehungen der bisherigen Gesellschaft erübrigen sich. Durch *Vermögensübertragung* kann eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft oder Einzelfirma ihr ganzes Vermögen oder Teile davon in einem Akt auf einen anderen Rechtsträger übertragen.⁸ Als flexibelste Transaktionsform kommt sie vor allem dann in Betracht, wenn sich eine Strukturanpassung nicht über die anderen drei Standardformen erreichen lässt.

2. Die besondere Stellung der Arbeitnehmer bei Umstrukturierungen

Das Fusionsgesetz strebt nebst Rechtssicherheit und Transparenz auch den Schutz der an der Gesellschaft interessierten Personengruppen und damit auch der Arbeitnehmer an.⁹ Die Arbeitnehmer nehmen insofern eine besondere Stellung ein, als sie in der Regel stark an ihren Arbeitgeber und damit an eine Gesellschaft gebunden sind. Im Gegensatz zu Investoren können sie ihr Risiko nicht durch die Beteiligung an verschiedenen Gesellschaften minimieren, sondern sind von einer Umstrukturierung unmittelbar betroffen. Der Gesetzgeber bemühte sich deshalb im Rahmen der rechtspolitischen Interessenabwägung, den Interessen der zu schützenden Personengruppen nachhaltig Rechnung zu tragen. Er vermied es aber, den zu schützenden Personengruppen die rechtliche Handhabe zu geben, aus wirtschaftlichen Gründen angezeigte Transaktionen blockieren zu können.

3. Arbeitnehmerschutz als Kernanliegen

Während der in Vernehmlassung gegebene Vorentwurf¹⁰ noch keine spezifischen Arbeitnehmerschutznormen vorsah, wurde im Vernehmlassungsverfahren die Einführung von Schutzvorschriften zur Milderung der wirtschaftlichen und sozialen Folgen von Umstrukturierungen gefordert.¹¹ Die bundesrätliche Botschaft¹² begegnete dieser Forderung mit der Einführung verschiedener Schutznormen.¹³ Das

Fusionsgesetz formuliert nun den Arbeitnehmerschutz als Kernanliegen.¹⁴ Als solches wird er bei der Auslegung der Bestimmungen des Fusionsgesetzes insofern Berücksichtigung finden müssen, als diejenige Auslegungsvariante zu wählen sein wird, die ihr am besten entspricht.¹⁵ Das Fusionsgesetz trägt der Interessenlage der Arbeitnehmer mit Bestimmungen zum Übergang der Arbeitsverhältnisse, zum

- 4 Ein kurzer, aber wertvoller Überblick über das FusG findet sich bei ANDREAS KLÄY, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, in: Der Bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare, Juni 2004, Nr. 2, 185 ff.
- 5 Art. 3 ff. FusG; vgl. hierzu ausführlich PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, 287 Rz. 24 ff.
- 6 Art. 29 ff. FusG; vgl. P. BÖCKLI (FN 5), 360 Rz. 277 ff.
- 7 Art. 53 ff. FusG; vgl. P. BÖCKLI (FN 5), 381 Rz. 343 ff.
- 8 Art. 69 ff. FusG; vgl. P. BÖCKLI (FN 5), 389 Rz. 370 ff.
- 9 Art. 1 Abs. 2 FusG.
- 10 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), November 1997. Vgl. auch den Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), November 1997.
- 11 Diese Forderungen kamen insbesondere von Seiten einzelner Kantone, von der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz sowie von diversen Arbeitnehmerorganisationen. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Bern 1999, 63 ff.; vgl. MICHAEL E. WINKLER, Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, SJZ 97 (2001) Nr. 21, 477 ff.
- 12 Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 13.6.2000 (BBl 2000 V 4337 ff.). Der Entwurf wurde zwischen 2001 und 2003 vom Parlament behandelt. Beratungen des Nationalrates zum Fusionsgesetz, Amtl Bull NR 2003, 227 ff., Amtl Bull NR 2003, 1034 ff. (Differenzbereinigungsverfahren I). Beratungen des Ständerates zum Fusionsgesetz, Amtl Bull SR 2001, 142 ff.; Amtl Bull SR 2003, 488 ff. (Differenzbereinigungsverfahren I). Das Gesetz wurde am 3.10.2003 von der Bundesversammlung verabschiedet.
- 13 Der Schutz der Arbeitnehmer wurde als Zielvorgabe in das Gesetz aufgenommen, womit er bei Auslegungsfragen eine gewisse Bedeutung erlangen wird; vgl. BBl 2000 V 4387; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000, 52. Richtigerweise stellt er aber einen Grundsatz und kein legislatorisches Ziel dar.
- 14 In der Praxis wird dies insbesondere im Rahmen der Legal Due Diligence zu einer angemessenen Berücksichtigung der Arbeitnehmersituation in der bzw. in den betroffenen Gesellschaft/en führen müssen; vgl. hierzu DETLEV GRIMM/ARND BÖKER, Die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Due Diligence, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2002, 193–204.
- 15 Vgl. BBl 2000 V 4387; sinngemäss: C. J. MEIER-SCHATZ (FN 13), 52; M. E. WINKLER (FN 11), SJZ 97 (2001) Nr. 21, 478.

Haftungs- und Bestandesschutz von Arbeitsverhältnissen, zu den ausserordentlichen Kündigungsmodalitäten sowie zur Information und Konsultation der Arbeitnehmervertreter Rechnung.¹⁶

III. Übergang der Arbeitsverhältnisse

1. Der Betriebsübergang

Der Übergang eines ganzen Arbeitsverhältnisses ist wie bei anderen Vertragsverhältnissen auch kraft Gesetzes oder durch Vereinbarung der Beteiligten möglich. Ein solcher Übergang wird praktisch vollzogen, wenn der Arbeitgeberbetrieb kraft Gesetzes (sog. Betriebsnachfolge) oder kraft rechtsgeschäftlicher Übertragung (sog. Betriebsübernahme) auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Überträgt ein Arbeitgeber seinen Betrieb oder einen Betriebsteil im eigenen Namen auf einen Dritten zum Zwecke der Fortführung, so gehen die Arbeitsverhältnisse mit dem Tage der Betriebsnachfolge mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über.¹⁷ Während der Erwerber einem Übernahmehzwang unterliegt¹⁸, steht den betroffenen Arbeitnehmern das Recht zu, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses abzulehnen.¹⁹

Die Definition des *Betriebsübergangs* hat der Rechtsprechung in der Vergangenheit erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Massgebliches Kriterium ist die Wahrung der Identität der organisatorischen Einheit, wobei der neue Inhaber dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit, wenn auch nicht im gleichen Umfang, weiterführt.²⁰ Für die Wahrung der Identität spricht insbesondere der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln. Welche Arbeitsverhältnisse zum übertragenen Betriebsteil zu zählen sind, ergibt sich nach der Funktion der einzelnen Stellen. Somit kann auch ein Arbeitsverhältnis übergehen, wenn ein bestimmter Arbeitnehmer nicht auf der Liste der übernommenen Arbeitnehmer aufgeführt wird. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer unter der Kontrolle des Betriebsübernehmers in dessen Räumlichkeiten und mit dessen Arbeitsgeräten für einen Kunden weiterarbeitet, den der Betriebserwerber übernommen hatte.²¹ Zur Beantwortung der Frage, wann ein Betriebsübergang vorliegt, ist auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu berücksichtigen.²² Dessen Rechtsprechung zufolge stellt schon die Übernahme des wichtigsten Teils des Personals einen Betriebsübergang dar, so dass der Erwerber nicht frei auswählen kann, welche Mitarbeiter er übernimmt und welche nicht.²³ Die blosser Änderung der Beteiligungsverhältnisse an einer Gesellschaft erfüllt hingegen nicht die Voraussetzungen eines Betriebsüberganges.²⁴

2. Die fusionsgesetzliche Regelung

Der in Vernehmlassung gegebene Vorentwurf zum Fusionsgesetz sah noch keine besonderen Vorschriften zur Übertragung von Arbeitsverhältnissen vor. Der Begleitbericht²⁵ ging jedoch davon aus, dass Art. 333 OR ohne Weiteres auf

die Fusion und die Spaltung anwendbar sei. Angesichts der Tatsache, dass die Anwendung dieser Bestimmung bei Fusionen und Spaltungen in der Lehre²⁶ bisher umstritten war, entschied sich der Gesetzgeber zur Klärung der Rechtslage.²⁷ Die Art. 27, 49 und 76 FusG statuieren durch ausdrücklichen Verweis auf Art. 333 OR, dass die Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung unmittelbar und unverändert übergehen. Die Anwendung von Art. 333 OR führt dazu, dass die Arbeitsverhältnisse, die mit einem Betriebsteil verbunden sind, bei der Übertragung eines Betriebes oder eines Betriebsteils auf einen anderen Eigentümer auf den neuen Inhaber übergehen. Auf die Umwandlung ist Art. 333 OR hingegen nicht anwendbar, weil sie als blosser Rechtsformänderung ohne Vermögensübertragung und ohne Gründung einer neuen Gesellschaft ausgestaltet ist.²⁸

16 Vgl. im Einzelnen PETER U. REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz, Zürich 2003, Art. 27 ff.; Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (ZK-FusG), FRANK VISCHER (Hrsg.), Zürich 2004, Art. 27 ff.

17 Art. 333 Abs. 1 OR.

18 BGE 123 III 466 ff., 468, E. 3a.

19 CAPH GE JAR 2000, 185.

20 BGE 129 III 335 ff., E. 2, 336 ff.

21 BGer JAR 2000, 179.

22 BGE 127 V 183 ff., 187, E. 4b; vgl. auch URSULA HUBSCHMID, ZK-FusG, Art. 27 N 6; ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, in: AJP/PJA 1996, 150 ff.

23 Vgl. die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes; EuGH vom 11.3.1997 – C-13/95 *Ayse Sützen*, Slg. 1997, 1259 = AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = EzA § 613a BGB Nr. 145 = NJW 1997, 2039.

24 BGer JAR 2002, 227.

25 Vgl. Begleitbericht (FN 10), 11 und 13.

26 Für die Anwendbarkeit von Art. 333 f. OR bei der Fusion, vgl. FRANK VISCHER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, Basel 1994, 156; ULLIN STREIFF/ANDREAS VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1993, Art. 333 OR N 7; dagegen: ANDREAS STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1996, Art. 333 OR N 4, MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, Art. 333 OR N 3; JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 333 OR N 1.

27 Dass die Anwendung von Art. 333 OR bei Fusionen und Spaltungen umstritten ist, zeigt sich an der von NR JOST GROSS eingereichten Motion "Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen" vom 22.12.1999.

28 Im Regelfall ist sie als rechtsformändernde Umwandlung ausgestaltet: Der bisherige Rechtsträger bleibt bestehen, aber die Rechtsform ändert. In Sonderfällen liegt allerdings eine übertragende Umwandlung vor, so etwa beim Formwechsel einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, bei der die Rechte und Pflichten der Kollektivgesellschaftler auf die AG übergehen.

3. Bei der Fusion von Gesellschaften im Besonderen

Bei einer Fusion gelten die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich unverändert weiter. Während bei der übernehmenden Gesellschaft kein Wechsel der Arbeitgeberin eintritt, erfolgt bei der übertragenden Gesellschaft der Übergang der Vertragsverhältnisse *ex lege*. Bei der übertragenden Gesellschaft geht das einzelne Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion, also mit der Eintragung derselben im Handelsregister, *uno actu* in seinem bisherigen Bestand und Umfang auf die übernehmende Gesellschaft über.²⁹ Erhalten bleiben insbesondere auch die dienstaltersabhängigen Ansprüche, wie z.B. die Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung, die Kündigungsfristen oder der Anspruch auf Abgangschädigung.³⁰

4. Bei der Spaltung von Gesellschaften im Besonderen

Bei der Spaltung wird entweder das Vermögen einer Gesellschaft aufgeteilt und vollständig auf andere Gesellschaften übertragen (bei der Aufspaltung), oder ein Teil des Vermögens bleibt bei der bisherigen Gesellschaft und nur bestimmte Vermögensteile werden auf andere Gesellschaften übertragen (bei der Abspaltung). Bezüglich des Übergangs der Arbeitsverhältnisse gelten weitgehend die fusionsrechtlichen Vorschriften von Art. 27 FusG, da auch Art. 49 FusG auf Art. 333 OR verweist. Obwohl nicht ausdrücklich statuiert, setzt der Übergang der Arbeitsverhältnisse bei einer Spaltung einen Betriebsübergang, also die Übertragung eines Betriebes bzw. eines Betriebsteiles voraus, wobei dieser seine Identität zu wahren hat. Führt die Spaltung nicht zum Übergang eines Betriebsteils oder ist ein Arbeitnehmer keinem Betriebsteil zuzuordnen, so sind die Bestimmungen des Art. 333 OR nicht anwendbar, mit der Folge, dass die beteiligten Gesellschaften im Spaltungsvertrag bzw. im Spaltungsplan eine verbindliche Zuordnung treffen müssen. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 333 OR geht ein Arbeitsverhältnis nur dann auf die übernehmende Gesellschaft über, wenn einerseits der Arbeitnehmer und andererseits die übertragende und die übernehmende Gesellschaft dem Übergang zustimmen. Ohne diese Zustimmung verbleibt das Arbeitsverhältnis bei der übertragenden Gesellschaft. Kommt kein entsprechender Konsens zustande, so erlöschen nicht übergehende Arbeitsverhältnisse mit dem Untergang der übertragenden Gesellschaft.³¹

5. Bei der Vermögensübertragung im Besonderen

Für den Übergang von Arbeitsverhältnissen kann weitgehend auf die Spaltung verwiesen werden. Aufgrund des weiter gefassten persönlichen Anwendungsbereiches bei der Vermögensübertragung können allerdings auch Arbeitnehmer betroffen sein, die mit dem Inhaber einer Einzelfirma, mit einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder mit einem Verein ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind,

vorausgesetzt diese sind im Handelsregister eingetragen. Für den Übergang von Arbeitsverhältnissen hat dies materiell aber keine besonderen Konsequenzen. Gleichermassen wie Art. 49 Abs. 1 FusG erklärt auch Art. 76 Abs. 1 FusG für den Übergang der Arbeitsverhältnisse Art. 333 OR für anwendbar. Wird also ein Betrieb oder Betriebsteil durch Vermögensübertragung auf einen anderen Rechtsträger übertragen, so gehen sämtliche Arbeitsverhältnisse, die sich auf diesen Betrieb beziehen, auf den übernehmenden Rechtsträger über. Der Übertragungsvertrag muss in Anwendung von Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG die Arbeitsverhältnisse auflisten, die mit der Vermögensübertragung übergehen. Diese Liste dient aber lediglich der Information der Gesellschafter. Ob ein Arbeitsvertrag übergeht, richtet sich danach, ob er mit dem übertragenen Vermögen oder Vermögensteil verbunden ist oder explizit gemäss Inventar übertragen wird. Es gehen also auch Arbeitsverhältnisse über, die auf der Liste nicht aufgeführt sind, soweit sie sich klar auf den übergehenden Betriebsteil beziehen.

6. Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen

Die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft können ausdrücklich erklären, dass sie den Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnen. Zur Ablehnung sind sämtliche Arbeitnehmer berechtigt, deren Arbeitsverhältnisse bei einer Fusion übergehen. Den Arbeitnehmern der übernehmenden Gesellschaft steht ein entsprechendes Ablehnungsrecht nicht zu, da ihre Arbeitsverhältnisse nicht übertragen werden und die Fusion aus ihrer Sicht keinen Betriebsübergang auslöst. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Arbeitnehmer der übernehmenden Gesellschaft von einer Fusion praktisch im gleichen Masse betroffen sein können.³²

29 Art. 27 FusG; vgl. auch PETER R. ISLER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, in: ZSR, 1/2004, I. Halbband, 9 ff., 34.

30 Trotz der Übertragung der Arbeitsverhältnisse kann die Fusion deren Inhalt in einzelnen Punkten umgestalten. Dies ist z.B. bei einem Konkurrenzverbot der Fall, wenn das Tätigkeitsfeld der neuen Gesellschaft weiter ist als dasjenige des bisherigen Arbeitgeber. Hier stellt sich die Frage, ob sich das Konkurrenzverbot sachlich auf das ganze Tätigkeitsfeld des neuen Arbeitgebers bezieht.

31 Vgl. BBI 2000 V 4445, wonach die Spaltung ausserhalb der Anwendbarkeit von Art. 333 OR keine einseitige Änderung der Vertragsparteien bewirkt. Gl. M. E. WINKLER (FN 11), SJZ 97 (2001), Nr. 21, 479; anders P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 49 FusG N 3, wonach mit Blick auf den Zweck von Art. 49 FusG das Arbeitsverhältnis auch in diesen Fällen auf eine der übernehmenden Gesellschaften übergehen muss. Das Arbeitsverhältnis soll in diesem Fall auf diejenige Gesellschaft übergehen müssen, welche die grössere Sicherheit für dessen Weiterführung bietet.

32 Vgl. die Kritik bei ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Fusionsgesetz, Zürich 2004, 169 N 21.3.

Das FusG äussert sich nicht zur Frage, innert welcher Frist der Arbeitnehmer seine Ablehnungserklärung abgeben muss. Diese Frist muss nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles festgesetzt werden.³³ Sie darf erst enden, nachdem das Konsultationsverfahren abgeschlossen ist, damit die Arbeitnehmer aufgrund der Resultate des Konsultationsverfahrens entscheiden können. Die wohl herrschende Lehre³⁴ vertritt die Auffassung, dass der Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft die Ablehnungserklärung innert einer Überlegungsfrist von einem Monat nach Kenntnisnahme der Transaktionspläne abzugeben hat. Die Frist beginnt im Normalfall im Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Arbeitnehmer über die bevorstehende Transaktion gemäss Art. 28 FusG informiert wurde.³⁵ Bei einer aus wirtschaftlichen Gründen angezeigten Dringlichkeit sollte der Arbeitgeber überdies berechtigt sein, die Überlegungsfrist angemessen abzukürzen.³⁶ Lehnt ein Arbeitnehmer den Übergang ab, so wird das Arbeitsverhältnis auf Ende der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst.³⁷ Die Kündigungsfrist beginnt mit dem Zugang der Ablehnungserklärung beim Arbeitgeber zu laufen.³⁸ Besteht das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Fusion, so geht es trotz der Ablehnungserklärung auf die übernehmende Gesellschaft über.³⁹

Auch bei der Spaltung kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis durch Ablehnung des Übergangs auf den Zeitpunkt des Ablaufs der gesetzlichen Kündigungsfrist auflösen. Fehlen die Voraussetzungen von Art. 333 OR, so erübrigt sich auch das Ablehnungsrecht. In diesen Fällen setzt die Übertragung des Arbeitsverhältnisses ohnehin die Zustimmung des Arbeitnehmers voraus. Was das Ablehnungsrecht bei der Vermögensübertragung betrifft, kann auf die Ausführungen zur Spaltung verwiesen werden.

7. Weitergeltung der Gesamtarbeitsverträge

Gesamtarbeitsverträge, die auf die übertragenen Arbeitsverhältnisse anwendbar sind, gelten noch während eines Jahres, sofern sie nicht vorher ablaufen oder infolge Kündigung enden.⁴⁰ Mit dem Übergang des Gesamtarbeitsvertrages gelten sie weiterhin und unverändert für alle Arbeitsverhältnisse, für die sie schon bei der übertragenden Gesellschaft gegolten haben. Eine automatische Ausdehnung auf weitere Arbeitsverträge des neuen Arbeitgebers erfolgt hingegen nicht. Damit kann die praktisch schwierige Situation auftreten, dass innerhalb eines Unternehmens gleichzeitig verschiedene Gesamtarbeitsverträge anwendbar sind. Der Verweis des Art. 27 Abs. 1 FusG auf Art. 333 Abs. 1^{bis} OR ist mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz als Kernanliegen des Fusionsgesetzes ohnehin eine wenig geglückte Regelung, da der Arbeitgeber entgegen dem Gesetzeswortlaut nach Ablauf eines Jahres nicht vorzeitig aus dem Gesamtarbeitsvertrag aussteigen kann. Der Gesetzesverweis ist somit mittels teleologischer Auslegung von Art. 27 FusG auf diejenigen Bestimmungen des Art. 333 OR zu beschränken, die den Arbeitnehmerschutz bezwecken und nicht bereits qua Universalsukzession Gültigkeit haben.⁴¹

IV. Sicherung der Arbeitnehmerforderungen

1. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Fusion

1.1. Recht auf Sicherstellung

Als Gläubiger verfügen die Arbeitnehmer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften über die allgemeinen fusionsgesetzlichen Gläubigerschutzbehelfe.⁴² Deshalb können sie von der Schuldnergesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen aus dem Arbeitsvertrag verlangen.⁴³ Gemäss Art. 27 Abs. 2 FusG können nicht nur die Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers, sondern auch diejenigen des übernehmenden Rechtsträgers von der Möglichkeit der Sicherstellung Gebrauch machen. Darüber hinaus erweitert das Fusionsgesetz den Kreis der geschützten Forderungen zugunsten der Arbeitnehmer: Geschützt sind nicht nur bereits bestehende, sondern auch zukünftige Forderungen aus dem Arbeitsvertrag, sofern diese vor dem Zeitpunkt entstehen, auf welchen das Arbeitsverhältnis nach der Rechtswirksamkeit der Fusion ordentlicherweise beendet werden könnte oder – bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer gemäss Art. 27 Abs. 1 FusG in Verbindung mit Art. 333 Abs. 1 OR – tatsächlich beendet wird.⁴⁴ Obwohl der Gesetztext vermuten lässt, dass auf den Zeitpunkt der Fälligkeit

-
- 33 Ebenso U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 26), Art. 333 OR N 5; THOMAS GEISER, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP/PJA 2004, 863 ff., 866 Nr. 2.10, der eine für alle Fälle gültige Frist ablehnt.
- 34 M. REHBINDER (FN 26), 142 f., N 292; ZK-A. STAEHLIN (FN 26), Art. 333 OR N 13; NIKLAUS GADIENT, in: EY Law (Hrsg.), Das neue Fusionsgesetz, 8. Schutz der Arbeitnehmer, 62 f.; HANS CASPAR VON DER CRONE et al., Das Fusionsgesetz, 1. A., Zürich 2004, 164 f.; vgl. auch OGer BL JAR 1991, 224.
- 35 ZK-A. STAEHLIN (FN 26), Art. 333 OR N 13; J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333 OR, N 2; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNHARD WAEBER, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Deutsche Fassung der 2. A., Basel 1997, Art. 333 OR N 8; a.M. OGer BL JAR 1991, 224 und M. REHBINDER (FN 26), 143, N 292, wonach die Frist erst mit der Betriebsnachfolge zu laufen beginnt.
- 36 J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333 OR N 2; H. C. VON DER CRONE (FN 34), et al., 165; a.M. ZK-A. STAEHLIN (FN 26), Art. 333 OR N 13.
- 37 Art. 333 Abs. 2 OR.
- 38 ZK-A. STAEHLIN (FN 26), Art. 333 OR N 15, m.w.H.; J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333 OR N 4.
- 39 BBl 2000 V 4427.
- 40 Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1^{bis} OR.
- 41 Ebenso P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 27 FusG N 5.
- 42 Art. 25 f. FusG.
- 43 Art. 25 FusG.
- 44 Art. 27 Abs. 2 FusG.

und nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Arbeitnehmerforderungen abzustellen ist, ist der Zeitpunkt der Entstehung der Arbeitnehmerforderung massgebend, da der erweiterte Schutz ja gerade auch Arbeitnehmerforderungen erfassen soll, die im Zeitpunkt der Fusion noch nicht bestanden haben.

Mit dieser Regelung übernimmt Art. 27 Abs. 2 FusG weitgehend den Wortlaut von Art. 333 Abs. 3 OR und gleicht den fusionsrechtlichen Haftungsschutz dem arbeitsrechtlichen an. Ohne Sicherstellung der Forderungen aus dem Arbeitsvertrag wäre der Verweis auf Art. 333 Abs. 3 OR obsolet, da bei einer Fusion eine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet, bei der die Vermögen des bisherigen Arbeitgebers und des Erwerbers nicht getrennt werden können. Art. 27 Abs. 2 FusG stellt insofern eine *lex specialis* zu Art. 333 Abs. 3 OR dar.⁴⁵

Für die Modalitäten der Gewährung der Sicherstellung ist Art. 25 FusG anwendbar. Demgemäss müssen die Arbeitnehmer innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Rechtswirksamkeit der Fusion die Sicherstellung der Forderungen bei der übernehmenden Gesellschaft verlangen. Weist die übernehmende Gesellschaft nach, dass die Fusion die Erfüllung der Forderung, für die Sicherstellung verlangt wird, nicht gefährdet, so entfällt die Pflicht zur Sicherstellung.⁴⁶ Der Richter entscheidet erforderlichenfalls auf Klage des Arbeitnehmers, ob die übernehmende Gesellschaft eine Sicherstellung leisten muss oder nicht. Die betroffene Gesellschaft kann sodann an Stelle der Sicherheitsleistung die Forderung erfüllen, sofern den anderen Gläubigern dadurch kein Schaden zugefügt wird und der Inhalt und die Natur des Vertrages nicht entgegenstehen.⁴⁷ Die Gefahr einer Schädigung ist allerdings gering, da Arbeitnehmerforderungen zum grössten Teil in die erste Konkursklasse fallen.⁴⁸

1.2. Kontinuität der persönlichen Haftung der Gesellschafter

Nebst der Sicherstellung der Forderungen aus dem Arbeitsvertrag bietet die Kontinuität der persönlichen Haftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft den Arbeitnehmern zusätzliche Sicherheit. Gemäss Art. 27 Abs. 3 FusG bleiben die persönlich haftenden Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für alle Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsvertrag haftbar, sofern diese bis zum Zeitpunkt entstehen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, vom Arbeitnehmer beendet wird. Die persönliche Haftung trifft sowohl die ehemals persönlich haftenden Gesellschafter, die als Gesellschafter in der übernehmenden Gesellschaft verbleiben, als auch die ausscheidenden Gesellschafter. Ansprüche aus persönlicher Haftung verjähren spätestens drei Jahre nach Rechtswirksamkeit der Fusion bzw. der später eintretenden Fälligkeit.⁴⁹

Hingegen schliesst die Fusion eine auf dem Prinzip der Solidarschuldnerschaft basierende Haftung aus. Aufgrund der Tatsache, dass übertragende Gesellschaften mit Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht werden, ist die Anwendung des in Art. 333 Abs. 3 OR vorgesehenen arbeitsvertraglichen Haftungssystems ausgeschlossen.

2. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Spaltung

Weil die Arbeitnehmer bei einer Spaltung einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind, musste der Arbeitnehmerschutz konzeptionell anders ausgestaltet werden als bei der Fusion.⁵⁰ Die Spaltung setzt gemäss Art. 43 Abs. 1 FusG voraus, dass die Forderungen der Arbeitnehmer durch die beteiligten Gesellschaften sichergestellt sind, es sei denn, die Sicherstellung entfalle.⁵¹ Die Sicherstellung entfällt, wenn die Arbeitgeber-Gesellschaft die fehlende Gefährdung der Erfüllung der Forderungen nachweist.⁵² Die Sicherstellung der Forderungen bei entsprechendem Begehren stellt somit eine Gültigkeitsvoraussetzung dar.⁵³ Eine Spaltung kann also nur vollzogen werden, wenn (auch) die arbeitsvertraglichen Forderungen – soweit erforderlich – sichergestellt sind. Die Modalitäten einer Sicherstellung richten sich nach Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 f. FusG. Bei einer Spaltung beginnt das Verfahren zum Arbeitnehmerschutz mit einem Schuldenruf, in dem die Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) dreimal darauf hingewiesen werden müssen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können.⁵⁴ Die Arbeitnehmer können innerhalb einer Frist von zwei Monaten Sicherstellung ihrer Forderungen aus dem Arbeitsvertrag verlangen, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, durch den Arbeitnehmer beendet wird. Auch hier kann die Gesellschaft die Forderungen vorzeitig erfüllen, sofern dadurch die anderen Gläubiger nicht geschädigt werden und der Inhalt und die Natur des Vertrages nicht entgegenstehen.⁵⁵

45 P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 27 FusG N 7.

46 Vgl. Art. 25 Abs. 3 FusG.

47 Art. 25 Abs. 4 FusG.

48 Zur Rangordnung von arbeitsrechtlichen Forderungen im Konkurs, H. J. PETER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88–220, Basel et al. 1998, Art. 219 N 27 ff.

49 Umstritten; gl. M. E. WINKLER (FN 11), SJZ 1997 (2001), 481; P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 27 FusG N 10; a.M. U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 171 N 21.10, der mit dem Argument des Bedürfnisses nach privilegiertem Schutz der Arbeitnehmer die persönliche Haftung gleichzeitig mit der Verbindlichkeit verjähren lassen will.

50 Die Spaltung entzieht den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft und damit auch den Arbeitnehmern einen Teil des Haftungssubstrates.

51 Art. 46 Abs. 2 FusG.

52 Art. 46 Abs. 2 FusG. Diese Bestimmung entspricht Art. 25 Abs. 3 FusG.

53 C. J. MEIER-SCHATZ (FN 2), Fusionsgesetz, 64.

54 Art. 45 FusG.

55 Art. 46 Absätze 3 und 4 FusG.

Da Art. 49 Abs. 3 FusG für die Fortdauer der persönlichen Haftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf die fusionsrechtliche Regelung verweist, kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

Die Spaltungspartner haften überdies für den Kreis der geschützten Forderungen, die nicht sichergestellt sind und die von der dafür im internen Verhältnis haftenden Gesellschaft nicht erfüllt werden, solidarisch.⁵⁶ Mit dieser solidarischen Haftung der Spaltungspartner kommen die Arbeitnehmer in den Genuss eines im Vergleich zu den übrigen Gläubigern verstärkten Schutzes.⁵⁷ Der arbeitsrechtliche geht also dem spaltungsrechtlichen Haftungsschutz insofern vor, als die absplittenden Gesellschaften jeweils stets der unmittelbaren Haftung von Art. 333 Abs. 3 OR unterstehen.⁵⁸

3. Sicherstellung und persönliche Haftung bei der Vermögensübertragung

Die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger sind nur ausnahmsweise und nachträglich verpflichtet, die betreffenden Forderungen sicherzustellen. Dies ist der Fall, wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt, was insbesondere nach dem Konkurs eines an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträgers eintritt, oder wenn die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.⁵⁹

Der übertragende Rechtsträger haftet für diejenigen Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte, oder bei Ablehnung des Übergangs vom Arbeitnehmer beendet wird, solidarisch mit dem übernehmenden Rechtsträger.⁶⁰ Damit wird sowohl in Bezug auf die Solidarhaftung als auch die Sicherstellung weitgehend die in Art. 333 Abs. 3 OR vorgesehene solidarische Haftung des bisherigen Arbeitgebers übernommen. Im Gegensatz zur arbeitsrechtlichen Haftungsregelung unterliegt die solidarische Haftung des bisherigen Arbeitgebers einer Verjährungsfrist von bloss drei Jahren anstelle der bisher anwendbaren Verjährungsfrist von fünf Jahren. Die Arbeitnehmer erfahren mit dieser Verkürzung der Verjährungsfrist insofern eine Schlechterstellung, als sie im Interesse der Erleichterung von Vermögensübertragungen mit den übrigen Gläubigern gleichgestellt werden. Praktisch wird diese Schlechterstellung aber kaum negative Folgen für die Arbeitnehmer haben, da bereits nach kurzer Zeit erkennbar sein wird, ob der neue Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nachkommt oder nicht.

Der übernehmende Rechtsträger, auf den im Zuge der Vermögensübertragung die Arbeitsverhältnisse übergehen, haftet wie bei der Spaltung uneingeschränkt für sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Im Gegensatz zur Spaltung ist der übernehmende Rechtsträger aber für den Fall, dass keine Arbeitsverhältnisse auf ihn übergehen, von jeglicher Haftung befreit.⁶¹ Als an der Vermögensübertragung beteiligter Rechtsträger kann von ihm unter den gegebenen Voraussetzungen nur Sicherstellung verlangt werden.

Von dieser dreijährigen solidarischen Haftung besteht zudem bei Vermögensübertragungen aus konkursiten Unternehmen eine Ausnahme. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁶² ist bei der Übernahme von Betriebsteilen aus einer Konkursmasse die solidarische Haftung des Erwerbers gemäss Art. 333 Abs. 3 OR für Forderungen des Arbeitnehmers nicht anwendbar.

4. Haftung bei der Umwandlung

Da bei der Umwandlung der bisherige Rechtsträger bestehen bleibt und nur sein "Rechtskleid" wechselt, ist die Gefahr einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen kleiner als bei der Fusion oder bei der Spaltung.⁶³ Das Fusionsgesetz kann sich deshalb bei der Umwandlung auf eine haftungsrechtliche Anordnung zum Schutz der Arbeitnehmer beschränken.⁶⁴ So haften persönlich haftende Gesellschafter neben der umgewandelten Gesellschaft solidarisch für die Forderungen der Arbeitnehmer.⁶⁵ Danach sind nicht nur bereits entstandene, sondern auch künftige Forderungen der Arbeitnehmer geschützt, sofern solche Forderungen vor dem Zeitpunkt entstehen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte. Diese Solidarhaftung erlischt gemäss Art. 26 Abs. 2 FusG nach drei Jahren ab Eintragung der Umwandlung im Handelsregister. Dieser Verweis in Art. 68 Abs. 2 FusG auf Art. 27 Abs. 3 FusG ist insofern irreführend, als Art. 333 OR nicht anwendbar ist und auch kein Betriebsübergang stattfindet. Er ist aber insoweit sachgerecht, als ein Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, seinen Arbeitsvertrag aufzulösen, bevor die persönliche Haftung eines Gesellschafters entfällt.

56 Art. 49 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 333 Abs. 3 OR.

57 Die allgemeine Regelung in Art. 47 FusG sieht bloss die subsidiäre Haftung der anderen Spaltungspartner vor.

58 Ebenso P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 49 FusG N 8; M. E. WINKLER (FN 11), SJZ 97 (2001), Nr. 21, 483.

59 Art. 75 Abs. 3 lit. a und b FusG; vgl. RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung, in: ZSR, 1/2004, I. Halbband, 83 ff., 102 f.

60 Art. 76 Abs. 2 FusG.

61 Bei der Spaltung besteht für übernehmende Gesellschaften, auf welche keine Arbeitsverhältnisse übergehen, eine subsidiäre Solidarhaftung.

62 BGE 129 III 335 ff., 338 E. 2.2; vgl. auch THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 100 (2004), Nr. 15, 360 ff., 364 f.

63 Die Umwandlung hat keinen Einfluss auf die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, weshalb sich ein Verweis auf Art. 333 OR erübrigt. Art. 333 OR findet auf die Änderung der Rechtsform des Arbeitgebers ohnehin keine Anwendung; vgl. auch PATRICK WAMISTER, Umwandlung von Gesellschaften, in: ZSR, 1/2004, I. Halbband, 63 ff., 80.

64 Der Gesetzgeber hat bewusst auf die Einführung von Bestimmungen über die Sicherstellung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verzichtet; vgl. Botschaft (FN 12), 4429.

65 Art. 68 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 27 Abs. 3 FusG.

5. Rechtsbehelfe der Arbeitnehmer bei Verantwortlichkeit

Aufgrund ihrer Gläubigerstellung steht den Arbeitnehmern das Recht zu, Verantwortlichkeitsklagen zu erheben, wenn sie infolge absichtlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzungen der mit der Umstrukturierung befassten Personen einen Schaden erlitten haben.⁶⁶ Im Konkursfall des Arbeitgebers sind die Arbeitnehmer zur selbständigen Geltendmachung dieser Ansprüche allerdings nur berechtigt, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verzichtet.⁶⁷

V. Kündigungsschutz und Vertragsänderung

Die mit der Umstrukturierung verbundene Neuordnung kann den Abbau von Arbeitsstellen zur Folge haben. Anders als das EG-Recht⁶⁸ kennt das schweizerische Recht für Arbeitnehmer, die von Umstrukturierungen betroffen sind, keinen besonderen Kündigungsschutz. Eine Kündigung unmittelbar vor oder nach einer Fusion bleibt zulässig.⁶⁹ An dieser relativ grossen Kündigungsfreiheit des schweizerischen Rechts ändert auch das Fusionsgesetz nichts. Massgeblich sind die obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Kündigungsschutz.⁷⁰ Somit kommen nur die Mitglieder von Arbeitnehmervertretungen in den Genuss eines besonderen Kündigungsschutzes. Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie gegenüber einem Arbeitnehmervertreter ohne begründeten Anlass ausgesprochen wird, solange dieser in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einheit als gewähltes Mitglied amtiert. Um zu verhindern, dass dieser Kündigungsschutz durch Betriebsübergänge umgangen wird, lässt Art. 336 Abs. 3 OR den Schutz so lange weiter bestehen, wie das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre. Die übernehmende Gesellschaft ist somit frei, unter Berücksichtigung dieser Schutzvorschriften die übernommenen Arbeitsverhältnisse durch ordentliche Kündigung aufzulösen. Auch eine Massenentlassung ist möglich, wobei die Vorschriften der Art. 335d ff. OR einzuhalten sind.⁷¹

Auch eine Änderungskündigung, mit der ein bestehendes Arbeitsverhältnis gekündigt und ein neues, modifiziertes Arbeitsverhältnis angeboten werden kann, ist zulässig, sofern sie aus sachlichen Gründen ausgesprochen wird.⁷² Ein sachlicher Grund dafür kann in der Harmonisierung der unterschiedlichen Anstellungsbedingungen der fusionierenden Gesellschaften bestehen. Eine Änderungskündigung ist allerdings missbräuchlich, wenn die übernehmende Gesellschaft mit der Kündigung die Arbeitsverhältnisse unbillig verschlechtern will, indem sie z.B. eine sofortige Lohnreduktion ohne Beachtung der Kündigungsfrist durchsetzt.

Es steht den Parteien auch frei, neue Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. In der Praxis häufig sind einvernehmliche

Vertragsanpassungen auf der Basis der Vertragsstandards der übernehmenden Gesellschaft. Falls die Ablehnung der neuen Verträge eine Kündigung nach sich zieht, sind auch hier die Grundsätze über die Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung zu beachten.

VI. Information und Konsultation

1. Informations- und Konsultationspflicht des Arbeitgebers

Transaktionsbeteiligte Gesellschaften bzw. Rechtsträger sind verpflichtet, ihre Arbeitnehmer über die Gründe der Fusion bzw. der Spaltung oder Vermögensübertragung sowie über deren rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen zu informieren.⁷³ Mit der Information der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, der Arbeitnehmer⁷⁴, soll sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmer in Kenntnis aller relevanten Umstände entscheiden können, ob sie von ihrem Recht zur Ablehnung des Übergangs ihres Arbeitsverhältnisses Gebrauch machen wollen oder nicht. Sind mit der Transaktion Massnahmen verbunden, welche die Arbeitnehmer direkt betreffen, wie beispielsweise Kün-

66 Art. 108 FusG.

67 Art. 108 Abs. 3 FusG mit Verweis auf Art. 757 OR. Für die mit dem Verweis auf das Aktienrecht verbundenen Unsicherheiten, statt vieler PETER FORSTMOSE/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 Rz. 46 ff.

68 Siehe hinten Ziffer VIII. 1.

69 ZK-A. STAEHELIN (FN 26), Art. 333 OR N 12; J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333 OR N 1; U. HUBSCHMID (FN 22), ZK-FusG, Art. 27 N 15; M. E. WINKLER (FN 11), Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 108 ff.; U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 170 N 21.8; a.M. GABRIEL AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassung und den Übergang von Betrieben, in: AJP/PJA 1994, 699 ff., 704; Urteil der Appellationskammer des Kantons Genf vom 26.6.2000, in: Schweizer Arbeitgeber 1/2002, 24 E. 5.

70 Vgl. Art. 336 ff. OR, die besondere Kündigungsschutzvorschriften für Mitglieder einer Arbeitnehmervertretung vorsehen.

71 Das Konsultationsverfahren gemäss Art. 335 f. OR entspricht demjenigen gemäss Art. 28 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 333a Abs. 2 OR.

72 BGE 123 III 250 E. 3b; BGE 114 II 353 ff., 355, E. 1b; C. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER (FN 35), Art. 333 OR N 4.

73 Art. 28 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 333a OR, Art. 50 FusG verweist auf Art. 28 FusG.

74 Die Pflicht, bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung die Arbeitnehmer selbst anzuhören, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 333a OR; vgl. auch die Botschaft (FN 12), 4428.

digungen, Lohnreduktion, Versetzung, interne Umschulung oder Einführung von Kurzarbeit, so sind die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer nicht nur zu informieren sondern, vor dem Entscheid über diese Massnahmen auch zu ihrer Meinung zu konsultieren.⁷⁵ Diese Konsultation stellt in beschränktem Masse eine Form der Mitwirkung dar.⁷⁶ Auf eine Konsultation kann nur dann verzichtet werden, wenn mit der Fusion keine Massnahmen geplant sind, welche die Arbeitnehmer betreffen, was vorwiegend bei konzerninternen Fusionen⁷⁷ der Fall sein wird.

2. Arbeitnehmervertretung und/oder Arbeitnehmer als Adressaten

Adressaten der Information bzw. Konsultation sind die Arbeitnehmervertretungen der übertragenden wie auch jene der übernehmenden Gesellschaften.⁷⁸ Fehlt eine Arbeitnehmervertretung, so hat der Arbeitgeber sämtliche Arbeitnehmer zu informieren bzw. zu konsultieren. Für den Fall, dass es in einer Gesellschaft Betriebe mit und solche ohne Arbeitnehmervertretung gibt, hat der Arbeitgeber zu beachten, dass er sowohl die Arbeitnehmervertretung als auch die nicht vertretenen Arbeitnehmer persönlich informiert bzw. konsultiert. Im Unterschied zu Art. 333a OR sind bei den im Fusionsgesetz vorgesehenen Umstrukturierungen nicht nur die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft sondern auch die Arbeitnehmervertretungen bzw. die Arbeitnehmer der übernehmenden Gesellschaft zu informieren und zu konsultieren. Bei der Spaltung sind die Arbeitnehmervertretungen aller beteiligten Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zu informieren.

3. Information und Anhörung, aber keine Mitsprache

Gegenstand der *Information* sind einerseits die Motive, die den Arbeitgeber zur Transaktion bewegen haben und andererseits die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs. Im Einzelnen hat der Arbeitgeber über den Übergang der Arbeitsverhältnisse, die Weitergeltung eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrages, das Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer, das Sicherstellungsrecht der Arbeitnehmer sowie die allfällige persönliche Haftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu informieren.⁷⁹ Der Arbeitgeber kann auch auf den Fusions- bzw. Spaltungsbericht verweisen, der einen speziellen Abschnitt zu den Folgen der Fusion bzw. der Spaltung für die Arbeitnehmer zu enthalten hat.⁸⁰ Dieser Bericht richtet sich allerdings nicht an die Arbeitnehmer. Ihnen steht kein Einsichtsrecht zu. Bei grösseren Gesellschaften kann aber damit gerechnet werden, dass dieser Bericht über die Medien eine gewisse Öffentlichkeit erfahren wird, womit auch die von der Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmer in beschränktem Masse an zusätzliche Informationen kommen werden. Ob dieses Konzept allerdings das Vertrauen der Arbeitnehmer in die geplante Umstrukturierung stärkt, ist fraglich.

Die *Konsultation* umfasst einerseits das Recht der Arbeitnehmer, angehört zu werden und andererseits die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Meinung der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer einzuholen. Das Anhörungsrecht ist allerdings kein Mitspracherecht⁸¹, und der Arbeitgeber ist nicht an die Meinungen der Arbeitnehmer gebunden.⁸² Umstritten ist, ob mit der Konsultation der Arbeitnehmer auch ein Recht auf Beratung mit dem Arbeitgeber und ein Recht auf Begründung, falls Gegenvorschläge abgewiesen werden, verbunden sind.⁸³ Damit das Anhörungsrecht auch materiell gewahrt und die Konsultation den in Art. 333a Abs. 2 OR angestrebten Schutzzweck erfüllen kann, sollte der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern zumindest ein Recht auf Beratung zugestehen.

Bezüglich der Form der Konsultation empfiehlt sich für den Arbeitgeber einerseits der Versand einer schriftlichen Mitteilung an die Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter und andererseits das Erstellen eines Protokolls, das die Information des Arbeitgebers, die Ausführungen der Arbeitnehmer bzw. deren Vertretungen und die Stellungnahme des Arbeitgebers beinhaltet.

4. Zeitpunkt von Information und Konsultation

Die Information muss so frühzeitig erfolgen, dass eine allfällige Konsultation vor der Beschlussfassung in der Generalversammlung durchgeführt werden kann. Die Konsultation ihrerseits muss erfolgen, bevor die Umstrukturierung definitiv geworden ist, also vor dem Fusionsbeschluss bzw.

75 Vgl. Art. 333a Abs. 2 OR.

76 MAX FRITZ, Das Mitwirkungsrecht. Ein Handkommentar mit Handlungshilfen für die Praxis, Zürich 1994, Art. 10 MWG N 5; C. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER (FN 35), Art. 333a OR N 1; a.M. offenbar U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 171 N 21.11.

77 Vgl. das erleichterte Fusionsverfahren für Kapitalgesellschaften gemäss Art. 24 FusG, das insbesondere für konzerninterne Restrukturierungen praktisch wichtig ist. Die Gesellschafter können auf den Fusionsbericht und die Beschlussfassung durch die Generalversammlung verzichten.

78 Art. 28, 50, 77 FusG.

79 Vgl. M. FRITZ (FN 76), Art. 10 MWG N 5; P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 N 5; MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. A., Basel et al. 2003, Art. 333a OR N 1.

80 Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG, Art. 39 Abs. 3 lit. g FusG.

81 M. FRITZ (FN 76), Art. 10 MWG N 5.

82 J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333a N 3 OR; P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 7.

83 Umstritten; gl. M. REHBINDER/W. PORTMANN (FN 79), Art. 333a OR N 2; a.M. P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 7; J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333a OR N 3; M. FRITZ (FN 76), Art. 10 MWG N 5.

der Beschlussfassung über die Spaltung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter gemäss Art. 18 FusG.⁸⁴ Die Konsultation muss allerdings nicht bereits vor dem Abschluss des Fusionsvertrages stattfinden.⁸⁵ Damit soll vermieden werden, dass das Geschäftsgeheimnis beeinträchtigt, die Vertragsverhandlungen gefährdet und das Risiko von Insidergeschäften erhöht wird. Über das Ergebnis der Konsultation muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan die Generalversammlung anlässlich der Beschlussfassung informieren. Im Fusionsbericht muss das Ergebnis der Konsultation allerdings nicht festgehalten werden. Art. 28 Abs. 2 FusG statuiert die Beschlussfassung durch die Generalversammlung und nicht die Erstellung des Fusionsberichtes als massgeblichen Zeitpunkt, vor welchem die Konsultation zu erfolgen hat. Diese Informationspflicht entfällt in den Fällen der erleichterten Fusion sowie bei der Vermögensübertragung, da in diesem Fall kein Erfordernis einer Beschlussfassung durch die Generalversammlung besteht.

Die Frist zur Stellungnahme hat der Arbeitgeber so zu bemessen, dass der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern genügend Zeit bleibt, um die Situation zu analysieren und ausgearbeitete Vorschläge zu unterbreiten.⁸⁶ Die Bemessung der Mindestdauer der Frist hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Kriterien werden u.a. die Komplexität der Verhältnisse, die Anzahl Arbeitnehmer und die vorgesehenen Massnahmen sein.⁸⁷ Entsprechend den konkreten Umständen dürfte eine Frist von fünf bis maximal 15 Arbeitstagen ausreichend sein.⁸⁸ Die Konsultation muss jedenfalls vor der Beschlussfassenden Generalversammlung abgeschlossen sein.

5. Sanktionen bei Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht

Verletzt der Arbeitgeber seine Informations- und Konsultationspflichten, so steht der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern das Recht zu, die Untersagung der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister (*Handelsregistersperre*) zu verlangen. Dieses Recht steht den Arbeitnehmern allerdings nur für den Fall einer Informations- oder Konsultationspflichtverletzung durch den eigenen Arbeitgeber zu.⁸⁹ Im Einzelnen können die folgenden Verletzungen der Informations- und Konsultationspflichten einen Rechtsgrund darstellen, der die Untersagung der Eintragung im Handelsregister rechtfertigt⁹⁰:

- Die der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern zu den Beweggründen, zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen der Fusion, der Spaltung oder der Vermögensübertragung und zu den angestrebten Massnahmen erteilte Information ist inhaltlich unrichtig oder unvollständig.
- Der der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern für die Konsultation zur Verfügung gestellte Zeitraum ist zu knapp bemessen.

- Das Konsultationsverfahren ist nicht innert nützlicher Frist durchgeführt und nicht vor dem Fusionsbeschluss bzw. der Beschlussfassung über die Spaltung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter abgeschlossen worden.
- Die Generalversammlung ist nicht korrekt über das Resultat der Konsultation informiert worden (mangelhafte Berichterstattung).
- Die Arbeitnehmervertretung – falls vorhanden – ist von Arbeitgeberseite nicht als Empfänger der Informationen oder als Gesprächspartner anerkannt worden.

Im Gegensatz zu Art. 333a OR, der den Arbeitnehmern für den Fall der Verletzung der Informations- und Konsultationspflichten durch den Arbeitgeber mit Ausnahme der Schadenersatzpflicht keine Rechtsdurchsetzungshilfe gibt, räumt Art. 28 Abs. 3 FusG der Arbeitnehmervertretung bzw. jedem einzelnen Arbeitnehmer⁹¹ das Recht ein, vom Richter am Sitz einer der an der Fusion bzw. der Spaltung beteiligten Gesellschaften⁹² die Eintragung der Fusion bzw. der Spaltung ins Handelsregister untersagen zu lassen.⁹³ Der einzelne Arbeitnehmer muss auch in dem Fall aktivlegitimiert sein, dass eine Arbeitnehmervertretung im Betrieb existiert.⁹⁴ Heisst der Richter diesen privatrechtlichen Ein-

84 Vgl. Botschaft (FN 12), 4428. Der Nationalrat hat einen Antrag, wonach die Konsultation rechtzeitig vor Abschluss des Fusionsvertrages hätte erfolgen müssen, explizit abgelehnt (Amtl Bull NR, 2003, 241 f.).

85 Botschaft (FN 12), 4428; M. FRITZ (FN 76), Art. 9 MWG N 5; P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 8; a.M. J. BRÜHWILER (FN 26), Art. 333a OR N 3; C. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER (FN 35), Art. 333a OR N 4.

86 Vgl. hierzu BGE 130 II 102 ff., 109 ff., E. 4, m.w.H., BGE 123 III 176 ff., 181 f, E. 4b, c; ähnlich P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 N 11, der eine Frist von 5–14 Tagen für ausreichend hält; U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 173 N 21.16.

87 U. HUBSCHMID (FN 22), ZK-FusG, Art. 28 N 17.

88 Ähnlich P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 11; U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 173 N 21.16.

89 H. C. VON DER CRONE (FN 34), et al., 163, N 420; unter dem Titel "Der Kampf um den Eintrag" grundsätzlich kritisch P. BÖCKLI (FN 5), § 16 Rz. 134 ff.

90 Diese Aufzählung erhebt selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

91 Ebenso P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 16, der die Aktivlegitimation jedes einzelnen Arbeitnehmers ebenfalls bejaht; a.M. U. VON SALIS-LÜTOLF (FN 32), 174 N 21.22; ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 140, der von notwendiger Streitgenossenschaft ausgeht.

92 Art. 29a GestG.

93 Zu den prozessualen Fragen einer Handelsregistersperre, vgl. U. HUBSCHMID (FN 22), ZK-FusG, Art. 28 N 18 ff.; RÉMY WYLER, Loi sur la fusion et protection des travailleurs, in: SZW 3/2004, 253 f.

94 Analog Art. 15 Abs. 2 MWG.

spruch gegen die Eintragung im Sinne von Art. 32 HRegV gut und untersagt damit die Eintragung der Fusion bzw. der Spaltung im Handelsregister, so müssen die Gesellschaften die Konsultation nachholen und eine erneute Beschlussfassung des obersten Gesellschaftsorgans erwirken.⁹⁵ Die Information, Konsultation und Berichterstattung muss allerdings nur bei derjenigen Gesellschaft wiederholt werden, deren Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmervertretung die Handelsregistersperre erwirkt haben. Da Art. 28 FusG ein Mitwirkungstatbestand ist, findet auf das Verfahren Art. 15 Abs. 3 MWG zumindest analoge Anwendung.⁹⁶ Somit ist das Verfahren einfach, rasch und unentgeltlich.⁹⁷ Angesichts der weitreichenden Konsequenzen einer Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht – eine Umstrukturierung kann quasi im letzten Moment empfindlich gestört werden – sind die Arbeitgeber gut beraten, die entsprechenden Bestimmungen einzuhalten.

VII. Extraterritoriale Wirkung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen

1. Beim Übergang des Arbeitsverhältnisses

Das Fusionsgesetz macht die Schaffung einheitlicher Grundlagen zur Erleichterung grenzüberschreitender Umstrukturierungen im IPRG nötig.⁹⁸ Gemäss dem neuen Art. 163b Abs. 2 IPRG hat die übertragende schweizerische Gesellschaft alle Vorschriften des schweizerischen Rechts und somit auch das gesamte Arbeitnehmerschutzrecht zu beachten.⁹⁹ Der Botschaft¹⁰⁰ zufolge findet Art. 27 FusG auch bei einer Emigrationsfusion, also in denjenigen Fällen, in denen sich mindestens eine übertragende Gesellschaft in der Schweiz und die übernehmende Gesellschaft im Ausland befindet, Anwendung.¹⁰¹ Mit dem Ziel, den Schutz der Arbeitnehmer der untergehenden Gesellschaft sicherzustellen, wird generell ein Ablehnungsrecht gemäss bzw. in Analogie zu Art. 333 Abs. 1 und 2 OR postuliert.¹⁰² Diese Lösung muss allein schon mit Blick auf den Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 FusG in Frage gestellt werden, weil dessen Voraussetzungen nicht von der übertragenden Gesellschaft erfüllt werden müssen.¹⁰³ Hinzu kommt, dass es nicht Sinn und Zweck von Art. 333 OR sein kann, einem Arbeitnehmer, der einem ausländischen Statut untersteht, einen allenfalls weitergehenden Schutz zu entziehen. Somit sollte das ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 333 OR nur auf diejenigen Arbeitsverhältnisse Anwendung finden, auf die bereits vor der Fusion schweizerisches Recht anwendbar war. Auf Arbeitsverhältnisse, die schon vor der Fusion einem ausländischen Statut unterstanden haben, sind bei Betriebsübergängen auch für die Modalitäten und Folgen des Übergangs eines Arbeitsverhältnisses die entsprechenden Rechtsnormen des ausländischen Statuts anzuwenden. Ob dem Arbeitnehmer aufgrund des Betriebsüberganges ein Kündigungsrecht zusteht, beurteilt sich somit nach dem Arbeitsvertragsstatut.¹⁰⁴

2. Beim Konsultationsverfahren

Art. 28 Abs. 4 FusG verlangt, dass die Konsultationsbestimmungen auch auf übernehmende Gesellschaften bzw. Rechtsträger mit Sitz im Ausland Anwendung finden.¹⁰⁵ Damit will der Gesetzgeber die Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Fusionen schützen, wenn das ausländische Recht für die Konsultation der Arbeitnehmer weniger weit geht als das schweizerische Recht. Gemäss Botschaft¹⁰⁶ stellt Art. 28 Abs. 4 FusG eine in Art. 18 IPRG vorbehaltene, zwingend anwendbare Bestimmung dar.¹⁰⁷ Die Missachtung dieser Vorschrift könnte also zur Folge haben, dass die Löschung der übernommenen schweizerischen Gesellschaft im Handelsregister gerichtlich verboten wird.

Interessanterweise sollen damit nicht nur die Arbeitnehmer einer übernehmenden ausländischen Gesellschaft in der Schweiz, sondern auch im Ausland geschützt werden. Es ist allerdings zu erwarten, dass diese Bestimmung nur insoweit praktische Bedeutung erlangen wird, als die übernehmende ausländische Gesellschaft Arbeitnehmer in der Schweiz oder Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt, deren Arbeitsvertrag schweizerischem Recht untersteht.

95 Vgl. Botschaft (FN 12), 4429.

96 Ebenso P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 18; a.M. C. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER (FN 35), Art. 333a N 1, wonach Art. 333a OR ein direkter Anwendungsfall des MWG ist.

97 M. FRITZ (FN 76), Art. 15 MWG N 3.

98 Vgl. im Einzelnen DANIEL GIRSBERGER/RODRIGO RODRIGUEZ, FusG und Internationales Privatrecht, in: SZW 3/2004, 263 ff.

99 Gemäss Art. 163d IPRG finden auf die Spaltung und die Vermögensübertragung, an welchen eine schweizerische und eine ausländische Gesellschaft beteiligt sind, die Art. 163a – 163c IPRG analog Anwendung.

100 Botschaft (FN 12), 4500.

101 Gemäss Art. 163d IPRG finden auf die Spaltung und die Vermögensübertragung, an welchen eine schweizerische und eine ausländische Gesellschaft beteiligt sind, die Vorschriften des IPRG sinngemäss Anwendung. Im Übrigen unterstehen diese Umstrukturierungsformen dem Recht der sich spaltenden oder der ihr Vermögen auf einen anderen Rechtsträger übertragenden Gesellschaft.

102 Vgl. RICHARD GASSMANN, FusG, Art. 163b IPRG, N 26.

103 Vgl. DERS (FN 102), a.a.O.

104 Dies muss gleichermassen für die Fusion wie für die Spaltung und die Vermögensübertragung gelten.

105 Für die Spaltung verweist Art. 50 FusG betreffend die Konsultation der Arbeitnehmervertretung auf Art. 28 FusG. Für die Vermögensübertragung legt Art. 77 Abs. 3 FusG fest, dass auch eine ausländische übernehmende Gesellschaft Art. 333a OR einzuhalten hat.

106 Vgl. Botschaft (FN 12), 4429.

107 Vgl. die Kritik bei P. U. REINERT (FN 16), FusG, Art. 28 FusG N 19.

VIII. Bezüge zum EG-Recht

1. Harmonisierungsbestrebungen

Mit der neuen Regelung beabsichtigte der Gesetzgeber auch eine gewisse Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft (EG). Eine solche drängt sich aufgrund der internationalen Vernetzung der schweizerischen Wirtschaft geradezu auf. Von besonderer Bedeutung ist diese Harmonisierung zur Erhöhung der Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Fusionen und Spaltungen und bei Beteiligungen ausländischer Investoren an schweizerischen Gesellschaften. Im Bereich des Arbeitnehmerschutzes erfüllen die entsprechenden Bestimmungen des Fusionsgesetzes die meisten Anforderungen der "Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen".¹⁰⁸ Im Gegensatz zum schweizerischen Recht bietet die Richtlinie beim Übergang des Arbeitsverhältnisses einen erhöhten Kündigungsschutz. So untersagt Art. 4 der Richtlinie Kündigungen bei Betriebsübergang. Art. 333 Abs. 2 OR, wonach das Arbeitsverhältnis für den Fall einer Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst wird, ist mit der Richtlinie nicht unvereinbar, vorausgesetzt dass die Ablehnung freiwillig erfolgt.¹⁰⁹ Schliesslich untersagt die Richtlinie Kündigungen bei Betriebsübergang zum Schutze der Arbeitnehmer und nicht zur Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmer, eine ungewollte Umstrukturierung nicht mitmachen zu müssen.

2. Beteiligung der Arbeitnehmer in Organen der Europäischen Gesellschaft

Von besonderem Interesse dürfte in Zukunft die "Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gemeinschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer beziehungsweise deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten" sein. Diese Richtlinie regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Europäischen Aktiengesellschaft, der Societas Europaea (SE).¹¹⁰ Sie verpflichtet die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften, nach der Offenlegung des Verschmelzungsplanes oder des Gründungsplanes für eine Holdinggesellschaft bzw. nach der Vereinbarung eines Planes zur Gründung einer Tochtergesellschaft oder zur Umwandlung in eine SE so rasch als möglich die erforderlichen Schritte für die Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern der Gesellschaften über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE einzuleiten. So muss insbesondere ein Unterrichts- und Anhörungsverfahren mit einem besonderen Verhandlungsgremium durchgeführt werden, das sich aus Arbeitnehmervertretern zusammensetzt. Dieses Gremium soll sich mit den an der Gründung beteiligten Gesellschaften über die Ar-

beitnehmerbeteiligung einigen. Wo in einem Mitgliedstaat bereits eine Arbeitnehmerbeteiligung vorgesehen ist, kann diese gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter nicht unterschritten werden.

IX. Schlussfolgerungen

Das Fusionsgesetz hat die bisher in der Lehre umstrittene Frage der Anwendung der Art. 333 f. OR bei Umstrukturierungen zugunsten der Arbeitnehmer entschieden. Zugunsten der Arbeitnehmer wirken sich auch die den Arbeitgebern auferlegten Informations- und Konsultationspflichten aus. Damit verleiht es dem legitimen Interesse der Arbeitnehmer, über die Auswirkungen einer Umstrukturierung auf ihre Arbeitsverhältnisse aufgeklärt zu werden, Nachdruck. Für den Fall einer Verletzung dieser Mitwirkungsrechte gesteht das Fusionsgesetz den Arbeitnehmern das Recht zu, die Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister untersagen zu lassen. Hingegen räumt es den Arbeitnehmern kein Einsichtsrecht in den Fusions- bzw. Spaltungsbericht ein, der die Folgen der Transaktion aufzuzeigen und Angaben zu einem allfälligen Sozialplan zu enthalten hat. Zur tatsächlichen Berücksichtigung der Stellungnahme der Arbeitnehmer verpflichtet es die Arbeitgeber ebenfalls nicht. Schliesslich sieht das Fusionsgesetz auch keinen erhöhten Kündigungsschutz bei Umstrukturierungen vor. Die Arbeitnehmer erhalten zwar zusätzliche Kündigungsrechte, die übrigen Kündigungsrechte werden aber nicht eingeschränkt.

108 Die RL 98/50/EG des Rates vom 29.6.1998 zur Änderung der RL 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen wurde unbeschadet der Pflichten der Mitgliedstaaten für ihre Umsetzung aufgehoben. Im deutschen Recht ist die Richtlinie durch § 613a BGB umgesetzt worden, der dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber zu widersprechen.

109 So aber MANFRED LÖWISCH, in: ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), Einführung ins europäische Wirtschaftsrecht, Zürich 2003, 159 f.

110 Vgl. die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE). Diese Verordnung ist am 8.10.2004 in Kraft getreten. Seit dem 18.11.2003 liegt auch ein neuer Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vor. Diese Richtlinie regelt die Koordinierung des Gesellschaftsrechts im Hinblick auf die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Gesellschaft, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgeht.

Insgesamt berücksichtigt das Fusionsgesetz die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer bei Umstrukturierungen, obwohl Arbeitnehmerschutzfragen richtigerweise im Mitwirkungsgesetz bzw. im Obligationenrecht zu regeln gewesen wären. Der Gesetzgeber hat aber der Forderung widerstanden, die sozialpolitische Frage der Ausgestaltung des Arbeitnehmerschutzes zum Gegenstand des Fusionsgesetzes zu machen. Gleichzeitig hat er seinem Harmonisierungsbestreben mit dem EG-Recht Ausdruck verliehen und die Bestimmungen des Fusionsgesetzes mit den EG-Richtlinien weitgehend kompatibel ausgestaltet. Zu einer im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswerten, vollständigen Übereinstimmung bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen ist es jedoch nicht gekommen, wie das Beispiel des Kündigungsschutzes zeigt. Auch eine "eurokompatible" Auslegung des Fusionsgesetzes kann aus diesen Harmonisierungsbestrebungen nicht abgeleitet werden.

La Loi sur la fusion statue comme un de ses buts principaux la protection des travailleurs et impose des prescriptions de protection pour mitiger les conséquences économiques et sociales de restructurations. Dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine, les rapports de travail passent de manière immédiate et sans changement à la société reprenant. Les travailleurs de la société transférante peuvent pourtant déclarer explicitement qu'ils refusent le transfert des rapports de travail. Une convention collective de travail, applicable aux rapports de travail transférés, reste encore en vigueur pendant un an. Les travailleurs des sociétés concernées par une fusion peuvent exiger de la société débitrice la garantie de leurs créances actuelles et futures issues des leurs contrats de travail. De plus, les associés de la société transférante répondent personnellement de toutes les dettes issues des rapports de travail. Contrairement aux règles de l'UE, la LFus ne confère pas aux travailleurs touchés par une fusion une protection particulière contre les congés. Ainsi, un congé prononcé peu avant ou peu après une fusion reste licite. Les travailleurs ont pourtant un droit d'apprendre de leur employeur les raisons pour la restructuration et les conséquences légales, économiques et sociales. Au surplus, les travailleurs doivent être consultés avant qu'une restructuration soit devenue définitive. En cas de violation des devoirs d'information et de consultation, la représentation des travailleurs (ou à son défaut les travailleurs) a le droit de faire interdire l'inscription de la restructuration au registre du commerce. La LFus ne confère aux travailleurs aucun droit de consulter le rapport de fusion ou de scission, et elle n'oblige pas non plus l'employeur de tenir effectivement compte des prises de position des travailleurs.

(trad. Flurin von Planta)